

VU Research Portal

Elektronisch handelsrecht. Diss. Martius [Review of: Elektronisch handelsrecht]

Lodder, A.R.

published in

Maandblad voor Vermogensrecht
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R. (2009). Elektronisch handelsrecht. Diss. Martius [Review of: Elektronisch handelsrecht].
Maandblad voor Vermogensrecht, 19(1), 16-18.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Elektronisch handelsrecht. De juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht

Proefschrift van mr. H.P.A.J. Martius

*Mr. A. R. L o d d e r **

Handel was er ongetwijfeld al voor er spraak was. Ook met enkel gebaren zijn immers overeenkomsten te sluiten. Door spraak werden mondelinge en later schriftelijke uitingen mogelijk. Deze dichotomie is nog steeds in het vermogensrecht terug te vinden, maar wordt enigszins getorpedeerd door de intrede van elektronische communicatie. Waar voorheen moderne vormen van communicatie hooguit tot ondergeschikte wijzigingen in het recht aanleiding gaven, heeft met name de omzetting van de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel ‘vergaande consequenties voor de kerngebieden van het overeenkomsten- en handelsrecht’ (p. 13).

De hoofdvraag die Martius zich stelt, is in hoeverre het bestaande vermogens- en handelsrecht belemmeringen opwerpt voor het gebruik van elektronische communicatie en indien deze belemmeringen zich voordoen, hoe ze zouden kunnen worden weggenomen. Hierbij zij opgemerkt dat deze belemmeringen voor een deel in het geldende recht al zijn weggenomen, nu de genoemde Richtlijn elektronische handel dit mede ten doel had. De belangrijkste conclusie van het onderzoek is al in paragraaf 1.1 te vinden:

‘De juridische ongelijkwaardigheid tussen (de rechtsgevolgen van) het gebruik van elektronische communicatie (...) moet worden opgeheven. Het doel voor de wetgever moet zijn de integrale gelijkstelling van elektronische en schriftelijke communicatie. (...) Een robuust privaatrecht voor de eenentwintigste eeuw zou technologie-neutraal moeten zijn. Mijn stelling is dat dit mogelijk is.

Hoewel het de vraag is in hoeverre deze conclusie ook daadwerkelijk volgt uit Martius’ verhandeling, geeft de auteur niettemin een goed gedocumenteerd overzicht van het elektronisch handelsrecht, waarbij hij zich niet beperkt tot het louter beschrijven, maar ook nadrukkelijk zijn eigen visie weergeeft.¹

* Mr. A.R. Lodder is universitair hoofddocent Recht en Informatietechnologie, Computer/Law Institute, Vrije Universiteit Amsterdam.

1. H.P.A.J. Martius, Elektronisch handelsrecht. De juridische aspecten van elektronische communicatie in het handelsrecht, deel 8 NTHR-reeks, Zutphen: Uitgeverij Paris 2008 (bewerking diss. Open Universiteit 2007).

Opbouw

Het proefschrift richt zich primair op het Nederlandse en het aan vrijwel alle regulering ten grondslag liggende EU-recht. Zoals in juridische proefschriften doorgaans het geval is, wordt ook over de grenzen gekeken (‘het hoeft geen betoog: rechtsvergelijkend onderzoek kan verrijkend werken’, p. 15), naar met name Duitsland en het Verenigd Koninkrijk (in deze context een bijzonder bekend duo).

Het boek kent acht hoofdstukken. Naast een inleidend hoofdstuk en twee slothoofdstukken (Balans en Eindconclusies), bestaat de kern uit de volgende vijf hoofdstukken:

- hoofdstuk 2 – De verklaring langs elektronische weg;
- hoofdstuk 3 – Elektronisch overeenkomstenrecht;
- hoofdstuk 4 – Elektronisch handelsrecht en algemene voorwaarden;
- hoofdstuk 5 – Elektronisch verzekeringsrecht;
- hoofdstuk 6 – Elektronisch vervoersrecht.

Hierna zal ik bij de verschillende hoofdstukken enkele al dan niet kritische kanttekeningen plaatsen.

Mailboxontvangst en computerontvangst

Er wordt in hoofdstuk 2 (elektronische rechtshandelingen) vrij uitgebreid stilgestaan bij het moment waarop een verklaring geacht kan worden de wederpartij te hebben bereikt. Het gemaakte onderscheid tussen de ‘mailboxontvangsttheorie’ en de ‘computerontvangsttheorie’ spreekt zowel praktisch (technisch) als juridisch gezien niet erg tot de verbeelding. Martius zelf merkt op dat de ‘computerontvangsttheorie’ in technologisch opzicht achterhaald is.

Het onderscheid beoogt de binnenkomst op de server van de provider te onderscheiden van het moment dat een bericht op de computer van de gebruiker binnenkomt. Behalve dat beide momenten veelal samenvallen, is het niet in lijn met de algemene ontvangsttheorie om pas na een handeling van een ontvanger (het binnenhalen van de mail bij bijvoorbeeld het gebruik van een POP-mailserver) te spreken van ontvangst (vergelijk Martius’ verwerping van deze theorie, p. 26). Dat het bewijstechnisch lastiger zou zijn om het vernemen van een bericht door de ont-

vanger aan te tonen dan het bereiken ervan, zie ik niet (p. 27 en p. 28-29); in beide gevallen ligt de handeling buiten de invloedssfeer van de verzender en is informatie van de wederpartij noodzakelijk.

De relevantie van de genoemde theorieën in het geval van handel via webwinkels ontgaat mij in het geheel. In dat geval wordt er een order geplaatst (in de terminologie van de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel) in een systeem dat mijns inziens, anders dan Martius aangeeft (p. 26), niet als een mailbox kan worden gekwalificeerd.

Er worden drie nuanceringen op de 'mailboxontvangsttheorie' aangebracht (p. 34 e.v.), te weten de gevallen waarin een bericht (1) niet, (2) niet tijdig of (3) in gewijzigde vorm de ander bereikt.

Onder verwijzing naar literatuur van 2000 en daarvoor stelt Martius dat als het niet-bereiken aan de ontvanger te wijten is, de verklaring toch geacht moet worden deze te hebben bereikt. Als voorbeeld wordt een spamfilter gegeven. De tijden zijn wel veranderd. Een jaar of tien geleden kwam een verzonden e-mail (vrijwel) altijd aan. Tegenwoordig is dit veel minder zeker, doordat meer dan 90% van het e-mailverkeer spam is en spamfilters niet altijd alle gewenste mail doorlaten.² Zo bereikte afgelopen week een mail van een collega mij niet, omdat in de onderwerpregel 'Free University' stond, waarbij het spamfilter blijkbaar meende dat iets mij gratis werd aangeboden.

De gewijzigde vorm (3) zal zich in de praktijk in beginsel enkel voordoen als de 'wijziging' door menselijk handelen is ingegeven. Zoals in geval van de bekende OTTO-zaak, waar lcd-televisietoestellen voor € 99 werden aangeboden en OTTO het aanbod pas na een dag of zes herstelde. Mede doordat het bedrijf in een radio-uitzending aangaf dat er een foute prijs op hun website stond, werden uiteindelijk meer dan 10.000 toestellen besteld.³ Het regelmatig terugkerende voorbeeld van een e-mail waar tijdens verzending een prijs wijzigt, moet als volstrekt niet realistisch worden gezien.

De elektronische totstandkoming

Tijdens de totstandkoming van de Richtlijn 2000/31/EG inzake de elektronische handel is er discussie geweest over de vraag in hoeverre de via een website aangeboden waren als juridisch aanbod dienen te worden gezien dan wel als een advertentie (uitnodiging tot het doen van een aanbod).⁴ In de richtlijn is uiteindelijk gekozen voor de neutrale term 'plaatsen van de order'. Deze binnen het Burgerlijk Wetboek (BW) onbekende term heeft geleid tot de opsplitsing van de in geval van elektronisch contracteren noodzakelijke spoedige ontvangstbevestiging in de situatie waarin er sprake is van een aanbod en het uitnodigen tot het doen van een aanbod (art. 6:227c lid 2 BW).

Terecht meent Martius (p. 73) dat de aanbiedingen van webwinkels als juridisch aanbod dienen te worden gezien.⁵

De genoemde ontvangstbevestiging geldt niet bij overeenkomsten die uitsluitend via individuele communicatie tot stand komen. Martius' pleidooi (p. 75) deze om redenen van uniformiteit ook daar toe te passen, deel ik niet. De ontvangstbevestiging is een relikwie van de poging om het moment van tot stand komen van een overeenkomst te bepalen.⁶ Indien op een website een order wordt geplaatst, kan er onzekerheid bij de verzender zijn of de order ontvangen en uitgevoerd zal worden. De bevestiging dient ertoe deze onzekerheid weg te nemen.⁷ Een website zou bijvoorbeeld al gestopt kunnen zijn met het verlenen van diensten zonder dat dit uit de site direct blijkt. Bij individuele communicatie is er direct contact en is in het licht van te bieden zekerheid een bevestiging overbodig.

In het Burgerlijk Wetboek is er niet voor gekozen om 'schriftelijk' in algemene zin expliciet gelijk te stellen aan 'elektronisch'. Enkel is bepaald dat aan het vormvereiste 'schriftelijk' bij overeenkomsten onder bepaalde voorwaarden ook langs elektronische weg kan worden voldaan (art. 6:227a BW). Hierdoor kan er onzekerheid zijn over de vraag of in andere gevallen waar de wet schriftelijkheid verlangt ook de elektronische weg openstaat. In mijn ogen is dit vrijwel altijd het geval. Hoewel elektronische communicatie is die vooral karakteristieken van mondelinge communicatie heeft (zoals chat, internettelefonie, videoconferencing), kan binnen het vermogensrecht 'elektronisch' doorgaans als functioneel equivalent aan 'schriftelijk' worden gezien. Al weer twaalf jaar geleden werd dit duidelijk tot uitdrukking gebracht in art. 6 lid 1 UNCITRAL Model Law on E-commerce: *'Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.'* De wettelijke regeling van art. 6:227a BW ziet op de situatie dat partijen elkaar niet altijd van te voren zullen kennen. Bij partijen die elkaar al kennen (zoals bij een ingebrekestelling), althans met elkaar verbonden zijn, zijn minder waarborgen noodzakelijk (voor zover de elektronische omgeving daar niet standaard méér in voorziet dan de niet-elektronische omgeving) en moet het dus zeker mogelijk zijn om deze rechtshandelingen elektronisch te verrichten als wettelijk schriftelijkheid wordt verlangd.

Het is overigens de vraag of de in het proefschrift op verschillende plaatsen genoemde 'basisadministratie voor elektronische adressen' er ooit zal komen. Het advies tijdig een niet meer in gebruik zijnd adres af te sluiten (p. 104) is verstandig, omdat anders de verzender er terecht van kan uitgaan dat een bericht de beoogde ontvanger heeft bereikt.

2. Vgl. voor een analyse van de spamfilterproblematiek in bestuursrechtelijke context, A. Herczog, noot bij CRvB 23 maart 2005, Computerrecht 2006, 10, p. 55-58.

3. Hof Den Bosch 22 januari 2008, LJN BC2420, zie A.R. Lodder, <<http://jurl.nl/2008/01/23/rechter-vergeet-in-te-gaan-op-de-nalatigheid-otto-bij-niet-wijzigen-foutieve-prijs>>.

4. R. Julia Barcelo, Electronic Contracts, Computer Law & Security Report Vol. 15, no. 3.

5. De algemene voorwaarden van Bol.com stellen, mijns inziens incorrect, dat de bestelling van de klant juridisch gezien als een aanbod geldt.

6. Zie hierover A.R. Lodder, European Union E-Commerce Directive – Article by Article Comments. Guide to European Union Law on E-Commerce, Vol. 4. Beschikbaar op SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1009945>>.

7. Martius meent dat de bevestiging bedoeld is om het ontvangstmoment te bepalen, omdat hiermee fraude mogelijk zou zijn (p. 100).

Ten slotte wordt in dit hoofdstuk nog aangegeven (p. 108) dat een integrale aanpak van het Burgerlijk Wetboek in het licht van elektronische communicatie mede zou moeten omvatten het elektronisch aanbod, de elektronische ingebrekestelling en de stuitingshandeling.

Elektronische algemene voorwaarden

De discussie over elektronische algemene voorwaarden speelt al meer dan tien jaar. In de beginfase werd de nadruk gelegd op het daadwerkelijk kennisnemen van de voorwaarden, iets wat doorklinkt in bijvoorbeeld ‘*click through*’-voorwaarden. In veel gevallen wordt online ook de uitdrukkelijke instemming met de voorwaarden verlangd, iets waarvan Martius terecht aangeeft dat de wet dit niet vereist. Inmiddels wordt breed geaccepteerd dat een link naar algemene voorwaarden op een duidelijke plaats volstaat. Martius vindt een link in een e-mail of een verwijzing naar een duidelijke plek op een website (www.mvv.nl/av) in bijvoorbeeld een sms voldoende.

De stelling dat de bekendmaking van algemene voorwaarden ook mondeling kan en dat elektronische algemene voorwaarden dan als schriftelijk worden gezien, kan ik volgen (p. 111). Waarom dit dan niet betekent dat al voor de invoering van art. 6:231 sub a BW (schrappen ‘schriftelijk’) elektronische algemene voorwaarden mogelijk waren, is mij niet helder.

Veel verder gaat de vrij recente uitspraak van de Rechtbank Haarlem waarin elektronisch ter hand werd gesteld bij een niet-elektronische overeenkomst. Martius kan zich vinden in het resultaat:⁸

‘Het gebruik van het internet is in het huidige tijdsgewricht inmiddels zodanig ingeburgerd, dat het op elektronische wijze beschikbaar stellen van algemene voorwaarden naar het oordeel van de kantonrechter gelijkwaardig geacht kan worden aan de feitelijke terhandstelling daarvan.’

Zoals bekend, is inmiddels een wetsvoorstel over dit onderwerp door de Eerste Kamer aangenomen. Mede daarom vindt Martius de uitspraak *contra legem*. In mijn ogen is de inventieve interpretatie door maatschappelijke ontwikkelingen te rechtvaardigen.

De elektronische ondertekening had beter bij de elektronische rechtshandeling (hoofdstuk 3) dan in dit vierde hoofdstuk kunnen worden behandeld. Daarbij is het zo, dat een elektronische handtekening ook kan bestaan uit de naam onder een e-mail en er dus geen speciale programmatuur voor nodig is (p. 138). Dit laatste is wel noodzakelijk indien gebruik wordt gemaakt van de met meer waarborgen omklede geavanceerde handtekening (art. 3:15a lid 2 BW).

Slot

Martius heeft een boeiend boek geschreven. Behalve de algemene vraagstukken heeft hij ook het elektronisch handelsrecht besproken in twee specifieke gevallen. Mijn expertise strekt zich enkel uit over elektronisch contracteren in het algemeen, dus wat de verzekeringen en het vervoer betreft, beperk ik mij tot de opmerking dat deze onderwerpen een mooie aanvulling zijn op het algemene verhaal.

Dit algemene verhaal is een goede, actuele, uitgebreide bespreking van de spelende kwesties. Het beloofde robuuste privaatrecht haal ik niet uit zijn verhaal, maar mogelijk heb ik daar een andere voorstelling bij. Het apart regelen van elektronische communicatie kan in veel gevallen nodig zijn, maar voorstellen daartoe had ik niet verwacht. Het blijft daarbij in het algemeen merkwaardig dat fax vrij moeiteloos onder schriftelijk wordt geschaard, terwijl dit voor e-mail veel minder het geval is. Al jaren bestaan er echter toepassingen als fax2e-mail en is het zelfs mogelijk documenten naar elkaar te faxen zonder dat er ooit een faxapparaat aan te pas komt. Mede in dat licht verwachtte ik na het eerste hoofdstuk integrale oplossingen die de elektronische communicatie naadloos in het Burgerlijk Wetboek zouden doen opgaan. Hoewel de inhoud van het boek niet aan die verwachting beantwoordt, zijn de voorstellen die Martius doet vrijwel allemaal zeer op hun plaats.

8. Rb. Haarlem, sector kanton, locatie Haarlem, 29 augustus 2007, LJN BB2576.